وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

مبدأ التساوي بين المرأة والرجل في إبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة:حقوق.

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب(ة):

بوخرصة فلة

تحت إشراف الأستاذ(ة):

أ /بن عديدة نبيل

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....أ/ بن بدرة عفيف.....رئيسا

الأستاذ(ة)..... أ /بن عديدة نبيل .....مشرفا مقررا

الأستاذ(ة).....أ/ خالد زواتين.....مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم: 2022/07/13

شكر وعرفان

الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده.

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذي

الفاضل " أ /بن عديدة نبيل "

الذي تكرم بإشرافه على هذه المذكرة ولم يبخل علي بنصائحه الموجهة لخدمتي

فكان لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني أن أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفوا لمعرفتهم وتقييمهم

لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات

فلة

الإهداء

إلى من أوصى بهما الله سبحانه وتعالى :

" وبالوالدين إحسانا "

"أمي "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء

حزني ورمز عطائي ووجهني نحو الصالح والفالح إلى

"أبي "

أطال الله في عمره.

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

فلة

قائمة المختصرات

ص: صفحة

ط : طبعة

د.ط: دون طبعة

المقدمة

لقد كان المجتمع الدولي ينظر للمرأة نظرة دونية منذ الأزل إلا أنه بعد صدور البيان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 تغيرت هذه النظرة، حيث أصبحت النساء تطالب بحقوقهن للمساواة مع الرجال إلا أنه بعد صدور هذا البيان أصبح الجدل قائم في العالم الاسلامي حول مدى اجتماع أو اختلاف المبادئ والقيم التي أوردها هذا البيان أصبح الجدل قائم في العالم الاسلامي حول مدى اجتماع أو اختلاف المبادئ والقيم التي أوردها هذا البيان مع مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية.

وتشكل هذه الاتفاقية المحرك الرئيسي لمختلف فئات المطالبة بالمساواة بين المرأة والرجل والقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، أين اتسمت هذه الفترة بعد صدورها بانعقاد المؤتمرات والاجتماعات لهذا الغرض، والجدير بالذكر أن هذه المطالبة بالمساواة بين الجنسين تشمل كل المجالات دون استثناء وتمس كل القوانين باختلاف أنواعها، وقانون الأسرة الجزائري جاء منبثقا عن الشريعة الإسلامية رغم تأخر صدوره عشرون سنة بعد الاستقلال وقد ظل هذا القانون هو السائد والمعمول به لسنوات عديدة بالرغم من احتوائه على عدة نقائص وتناقضات، ومنه نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية قانون الأسرة الجزائري في المساواة بين المرأة والرجل في مسألة انعقاد الزواج؟

- **أهمية الدراسة:**

- تبيان مفهوم المساواة ونشأتها
- معرفة مدى توفيق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة في تحقيق المساواة بين الجنسين .

- **أهداف الدراسة:**

1- تهدف الدراسة الى معرفة كيفية انعقاد الزواج وفقا لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل في قانون الأسرة الجزائري

2- كما تهدف كذلك إلى معرفة الآثار المترتبة عن انعقاد الزواج وفقا لمبدأ لتساوي بين الجنسين

بينما تعود أسباب اختيار الموضوع إلى:

- **أسباب ذاتية:**
  - فضول وميل شخصي للدراسة الموضوع
  - رغبة لدراسة موضوع من مواضيع قانون الأسرة الجزائري
- **أسباب موضوعية:**
- عدم وجود وعي لدى المجتمع الجزائري بما يقره قانون الأسرة الجزائري في عقد الزواج ما تعلق منه بمسألة التساوي بين الجنسين
- إثراء المكتبة الجزائرية بمراجع في الموضوع خاصة وأنها تفتقر إليها في هذا الموضوع على وجه الخصوص.
- **المنهج المتبع:**

اعتمدنا في هذا البحث الوصفي من خلال إدراج بعض المفاهيم والتعاريف، والمنهج التحليلي في التعليق على مختلف النصوص ذات الصلة بالموضوع.

- **تقسيم البحث:**

وارتأينا تقسيم البحث وفق الخطة إلى:

الفصل الأول: مبدأ التساوي بين الجنسين في الزواج

الفصل الثاني: أثار التساوي بين الجنسين في الزواج

الفصل الأول

الفصل الأول: مبدأ التساوي بين الجنسين في الزواج

تمهيد:

تعتبر المساواة النواة الأساسية لتأكيد وجود نظام ديمقراطي لحماية حقوق الإنسان وحريات الأفراد في المجتمع، حيث اتسم هذا المبدأ بالتباين والتطور حيث بدأ بمفهوم المساواة المنصفة ثم المساواة الكاملة أو المطلقة وانتهى بالمطالبة بالتماثل بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات، فالمساواة المنصفة تشمل المساواة من خلال توفير فرص واعطاء خصوصية المرأة متساوية في مجالات التعليم والعمل والتدريب والأجور المتساوية، البيولوجية اهتماما أساسيا لما يترتب عليه من حقوق، والمساواة المطلقة تشمل تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في المجال العام، وكذلك الحرية الشخصية للمرأة من خلال الدور الذي تقوم به الحكومات والمنظمات الفاعلة في المجتمع.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

ضمن أجل دراسة هذا المبدأ بشيء من التحليل والتفصيل خلال محاولة التعرف على التعريف اللغوي والاصطلاحي للمساواة في المطلب الأول، والأصول التاريخية لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لمبدأ المساواة

سوف نتناول في هذا المطلب تعريف المساواة من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية على الشكل التالي :

الفرع الأول: التعريف اللغوي للمساواة

يعرفها قاموس المعاني بأن المساواة في اللغة مشتقة من الفعل ساوى– مساواة: ساواه :ماثله، عادله، ساواه به، بالشيء، أو بينهما: جعلهما يتعادلان، ساواه أو به: بلغ قدره، ويقال، إدارة ة الشعب هي أن تعم المساواة بين جميع الأفراد، مساواة في الحقوق والواجبات.[1]

يقصد بالمساواة في اللغة، المماثلة والتكافؤ في القيمة والقدر والمشابهة والتعادل، يقال، ساوى الشيء، إذا عادله، وساويت بين الشيئين إذا عدلت بينهما ويقال هذا لا يساوي هذا أي لا يعادله.

المساواة تكون في الأساس مساواة الأفراد أمام القانون وفقا لإعلان حقوق الإنسان وفي المساواة بين حقوق الرجل والمرأة، والمساواة بين المواطنين أمام تكافؤ الفرص والدخول في الوظائف العامة، وتكون مساواة للمواطنين أمام أعباء الضرائب وتكون المساواة أيضا عند تقسيم حصص الإرث [2].

---

[1]: عبد الحميد فودة، حقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص6 .

[2]: المرجع نفسه، ص07.

كلمة مساواة مأخوذة من سواء، وتجمع على أسواء وسواسية وسواس وسواسوة، والأخيرة نادرة، وكلها أسماء جمع، وقيل في سواسوة: إنه من باب زلازل وهو جمع سواء من غير لفظه، وأما سواسية فإن أصلها سواسوة والياء فيها منقلبة عن الواو، ونظيرها من الياء: صياصي- بتشديد الياء- وإنما صحت الواو فيما قال: سواسوة لأنها جمع صيصة، ولأم أصل، وأن الياء فيمن قال: سواسية منقلبة عنها. وقد جاء في الحديث: (الناس سواسية كأسنان المشط) .

فأصل "المساواة" سوى قال ابن فارس: السين، والواو، والياء، أصل يدل على استقامة واعتدال شيئين. أي إذا قلنا: هذا يساوي كذا كان المعني أنه يعادله: وإذا قلنا هذا لا يساوي لها، كان المعنى أنه لا يعادله وترتيب حروف هذه الكلمة " السين، والواو، والياء يوافق ترتيب حروف العربية في الجدول الهجائي... ويبدو أن هذه الكلمة أقدم مواد الثلاثي الستة، المؤلفة من هذه الحروف الثلاثة، حسب قاعدة تولد المقاليب التي تكلم عنها الخليل بن أحمد الفراهيدي في معجمه العين" وابن حنيس في كتاب الخصائص.[1]

المساواة في اللغة أيضا: ساواه: ماثله وعادله، بالتالي هي المماثلة والمعادلة على خالف التفاوت والاختلال في الدرجات و التوزيع، والسوي أو الاستواء هو أن يكون اللفظ المعبر عن المعنى المراد مساويا له لا ينقص ولا يزيد .

كذلك تعني استوى الشيئان: تماثلا، ويقول الإمام الأصفهاني في تحليل كلمة سوي، المساواة المعادلة المعتبرة بالذراع والوزن والكيل، يقال هذا ثواب مساو لذلك الدرهم... وقد يعبر بالكيفية نحو هذا السواد مساو لهذا السواد.[2]

---

[1]: عمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، ص 17.

[2]: المرجع نفسه، ص18.

أصل كلمة المساواة ة في اللغة هو " السواء" بمعنى "العدل" وهي تعني المماثلة أو المبادلة والتكافؤ في القيمة والقدر والمشابهة".

يعرف معجم القانون المساواة اصطلاحا بأنها:" إصلاح يقصد به عدم التمييز بين إنسان وآخر أو مواطن وآخر بسبب الجنس أو اللون أو المذهب أو العقيدة أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي، فضال عن تمتع الجميع بالحقوق والحريات العامة مع التزامهم بالواجبات العامة بدون أي تفرقة".[1]

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للمساواة بين الرجل والمرأة

بعد أن تم التطرق للتعريف اللغوي لمصطلح المساواة في اللغة، يقتضي التعريف الاصطلاحي للمساواة بين الرجل والمرأة، من خلال التعريف النفسي والاجتماعي و الشرعي وأخيرا القانوني لذلك، كالتالي:

أولا: التعريف النفسي للمساواة بين الرجل والمرأة

اهتم علم نفس المرأة بدراسة نظرية المساواة بين الرجل، والمرأة والتأكيد على ضرورة تحقيق العدل في كافة المجالات الاجتماعية والمهنية، والتعليمية بين الرجال، والنساء، لذلك حرص العديد من علماء النفس على جمع كافة الدراسة النفسية التي تهتم بدراسة الطبيعة الأنثوية في مجال علم نفس المرأة، من أجل توضيحها، وتحليلها ووضع مقارنات نفسية دقيقة، وصحيحة للحالات النفسية عند الرجال والنساء.[2]

كما اهتم العديد من علماء النفس بدارسة الفرق بين الرجال والنساء، بالاعتماد على المؤثرات النفسية، والعوامل البيئية المحيطة بهم من أجل تحديد طبيعة تعاملهم، وتأقلمهم مع الضغوط، والمشكلات والتغيرات النفسية حتى يتمكنوا من دراسة تأثيرها على شخصيات ذات النفسيات المختلفة، لذلك ظهر مصطلح علم نفس الرجال، وعلم نفس

[1]: عمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص19.

[2]: سعدي محمد الخطيب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية، ط1، منشورات الحلبي لبنان، 2011 م، ص 268.

النساء من أجل وضع مجموعة من المميزات بينهما بالاعتماد على الدراسات النفسية التحليلية.[1]

هناك فروق نفسية بين الرجل والمرأة، كالوجدان والإحساس والانفعالات والعواطف، فالمرأة تفوق الرجل في الصبر والجلد، وفي القدرة على المقاومة والسرعة في التنفيذ، وأيضا مزاج المرأة أقرب ما يكون إلى المزاج الانفعالي، كذلك تمتاز بخصائص نوعية منها: الشفقة والرحمة، أيضا قوة العاطفة، فتتحكم هذه الصفات في نظرتها لأمور الحياة، فتقدم العاطفة على العقل، وتؤثر تحكيم الوجدان على تحكيم المنطق، ويعمد علم النفس الحديث إلى إلغاء تلك الفروقات المصطنعة بين نفسية المرأة والرجل، وبهذا الصدد برى "كارل يونغ" أن الذكر يعرف الأنثى بما لديه من بقايا أنثوية، والأنثى تعرف الذكر بما فيه من بقايا ذكورية.[2]

ثانيا: التعريف الاجتماعي للمساواة بين الرجل والمرأة :

يعد مفهوم "المساواة" في علم الاجتماع من المفاهيم الشائكة التي لم يفصل في مصادرها وتطبيقاتها السوسيولوجية، لما يحمله من دلالات وأبعاد اجتماعية متشعبة تعود إلى ثقافة كل مجتمع، ضمن الفعل السياسي والتاريخي الخاصين، وتخبرنا التجارب التاريخية التي تدرسها علم الاجتماع بأنه يكاد لا يخلو أي مجتمع من "اللامساواة" لذلك أرى "بودون" في "المعجم النقدي لعلم الاجتماع"، في شرحه للمساواتية، المساواة الاجتماعية من أهم المبادئ التي ينادي بها الاجتماعيين والتربويين فهي القعدة التي تحفظ للبشر حقوقهم، فمن يريد التميز في ظل مجتمع تغيب فيه المساواة ويسوده التمييز الطبقي والتعصب العرقي فلن يجد النور، لأن مثل هذا المجتمع تقل فيه المواهب وتضعف فيه القدرات، فالظلم الاجتماعي يؤثر تأثيرا كبيرا على سلوك وأخلاق أفراد

---

[1]: سعدي محمد الخطيب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية، المرجع السابق، ص269.

[2]: تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية والقانون وحقوق الإنسان حرية العقيدة والمساواة، مبدأ سيادة الشعب، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير (غير منشورة) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسطينة، 2006، ص13.

المجتمع، فالمجتمع الذي تغيب فيه المساواة الاجتماعية، ويعلوه الظلم ويسوده القهر والاستبداد لفئة دون فئة، ينشأ أفراد يتسمون بالجبن، والاستهتار واللامبالاة وعدم الانتماء، لأنهم لم يحصلوا على حقوقهم ولم يتلقوا فرصتهم، فقتلت بداخلهم المواهب والقدرات الشخصية، وتاهت الطموحات، وكل هذا مبرر كاف لانتشار الرذائل في هذا المجتمع .

وقد أرجع بعض الفقهاء أساس المساواة إلى فكرة العقد الاجتماعي، إذ أن الأفراد متساوون في كل شيء. ولذلك كان واجب على الدولة التي نشأت نتيجة هذا العقد أن تعامل الأفراد على أساس المساواة في الحقوق والواجبات.[1]

ثالثا: التعريف الشرعي لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة :

إن كلمة "المساواة" بالنظر إلى نصوص الشريعة الإسلامية تتلخص في أن "البشر المنتشرين في القارات الخمس أسرة واحدة انبثقت من أصل واحد ينميهم أب واحد وأم واحدة، لا مكان بينهم لتفاضل في أساس الخلقة وابتداء الحياة "، وعلماء الإسلام وفقهاؤه يرون أن المساواة هي" قاعدة التعامل في المجتمع الإسلامي لا ترد استثناءات إلا في حدود ضيقة، هي من مقتضيات النظام العام، وهوية المجتمع ونوع القيم العليا التي تحكمه".

اهتمت الشريعة الإسلامية بمبدأ المساواة بين الأفراد جميعا، حتى أضحى هذا المبدأ أصال من أصولها وفرعا من فروعها، فالشريعة الإسلامية قد حققت المساواة بين الأفراد في الميدان العملي.[2]

---

[1]: تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية والقانون وحقوق الإنسان حرية العقيدة والمساواة، مبدأ سيادة الشعب، المرجع السابق، ص14.

[2]: تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية والقانون وحقوق الإنسان حرية العقيدة والمساواة، مبدأ سيادة الشعب، المرجع السابق، ص15.

قد قرر الإسلام للمرأة بعد ذلك حقوقا كثيرة بدءا بالمساواة التامة مع الرجل في المجالات التالية:[1]

مجال القوامة: إن القوامة التي جعلها هللا تعالى للرجل على المرأة ليست للانتقاص من كرامتها، بل هي قوامة تكليف، فهي لا تعني الولاية على المرأة والحجر عليها في تصرفاتها بل إن استقلال شخصيتها وذمتها المالية لا ينتقص بالزواج ولا بغيره، وكذلك الحال في أهليتها لمباشرة العقود والمعاملات، فلها أن تشتري وتبيع وتؤجر وتستأجر أملاكها وتهب مالها وتتصرف.

مجال العقيدة والتكليف والمسؤولية: حيث تتساوى المرأة مع الرجل في العقيدة والتكليف والمسؤولية.

مجال عقد الزواج بالرضا والاختيار: تتساوى المرأة مع الرجل في ظل الشريعة الإسلامية في إجراء عقد الزواج بالرضا والاختيار.

مجال الأهلية القانونية: فلها أهلية وجوب كاملة، كما أن لها أهلية أداء كاملة، لا ينتقص جنسها من أيهما شيئا، كما لا يؤثر الزواج على أي منهما فهي لها الصالحية دائما في تلقي الحقوق والتحمل بالالتزامات، وهي تماثل الرجل في الصالحية لمباشرة مالها من حقوق وما عليها من التزامات وإجراء كافة النصوص القانونية[2].

مجال العلم والعمل: والمرأة المسلمة تتساوى مع زوجها المسلم في الحق في العلم، فقد طلب الرسول عليه السالم من الشفاء العدوية، التي علمت زوجه حفصة القراءة والكتابة قبل الزواج، أن تتابع تثقيفها وتعلمها تحسين الخط وتزيينه.

---

[1]: حمود حمبلي، المساواة في تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر،2000، ص154.

[2]: حمود حمبلي، المساواة في تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص155.

الحق في العمل والتكسب و تولي الوظائف العامة: فأجمع الفقهاء رحمهم الله على قيام المرأة بأي عمل مشروع يقوم به الرجل مباح ما لم يرد نص يقيده،ولم يختلفوا في هذا الشأن إلا بالنسبة للقضاء والحكم.

-مجال الذمة المالية : إذا كان الرجل يتمتع بذمة مالية مستقلة عن غيره، فإن المرأة أيضا تتمتع بذات الاستقلالية عن أي شخص أخر، سواء كان أبا أو أخا أو قريبا، وحرية تصرف في أموالها كما تشاء وأين تشاء طالما كان في الأطر القانونية التي تسري على الرجل أيضا كالأهلية وغيرها، وهذا منذ ولادتها، وتستمر حتى بعد زواجها، وليس لزوجها التدخل ولو في أعمال الإدارة إلا برضاها.[1]

مجال حق التملك والتصرف: تعتبر المرأة مساوية للرجل في حق التملك والتصرف في مالها كيف ما تشاء، فلها حقها من الميراث، والمهر، ولها الحق في ممارسة جميع المعاملات الشرعية كعقود البيع، والتجارة، والقرض والهبة، والوقف، والضمان، والاقراض، وغيرها من العقود، وليس لأحد أن يتدخل في شؤونها المالية أو أن يجبرها على التنازل عنها أو الإنفاق منها، حتى ولو كان زوجها فقيرا وهي غنية لا تجبر على الإنفاق من مالها، بل لها أن تقرضه، أو أن تعطيه من الزكاة.

كما تفرد الإسلام بإعطاء المرأة حقها في الميراث، حيث تعالت الأصوات التي تعيب على الشريعة الإسلامية إعطاء المرأة حق (النصف) من حق الرجل في الإرث...، فالشرع الإسلامي جعل لكل نصيبه بدقة متناهية، وبعدالة لم يعرف لها نظير في أي نظام آخر، وتقع الملابسات الكثيرة حول موضوع الإرث للمرأة (الأنثيين) .[2]

---

[1]: المرجع نفسه، ص156.

[2]: عمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومة، الجزائر 2001، ص 30.

يتضمن مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية أسس أربعة البد من وجودها. وال مفر من تحققها، وبتخلف أحدها يختل بناء هذا المبدأ وينهار نظامه، وعلى هذا فإنه يتحتم توفر هذه الأسس مجتمعة ومتسقة؛ ليتم بها هيكل هذا المبدأ وتدب فيه روح الحياة بالصورة المرجوة والغاية المستهدفة وهذه الأسس هي: المساواة في القيمة الإنسانية، المساواة في العقيدة والتكاليف الدينية، المساواة في المسؤولية والجزاء، المساواة في الحقوق والواجبات العامة.

وما يلفت الانتباه في المساواة في الشريعة الإسلامية هو إقرار عدم التساوي بين الناس في المزايا التي ينفرد بها البعض دون الآخر. فقد بين القرآن الكريم نسبة التفاوتَ بينهم كالتفاوت في العلم والمعرفة.

فعلى الرغم من أن الإسلام في أحكامه ومبادئه العامة لم يفرق بين الرجل والمرأة، ويظهر هذا في كثير من الآيات القرآنية التي تخاطب المؤمنينَ دون تفرقة بين الرجل والمرأة.[1]

رابعا: التعريف القانوني للمساواة بين الرجل والمرأة

هو مبدأ يخضع بموجبه جميع الأفراد لقوانين العدالة ذاتها الجميع سواسية أمام القانون، حيث شمل التعريف القانوني أيضا التعريف الفقهي من خلال فقهاء القانون والتعريف التشريعي من خلال النصوص القانونية سنوضحها كما يلي:[2]

1 – التعريف الفقهي للمساواة بين الرجل والمرأة:

يرى جانب من الفقه القانوني أن أساس المساواة في القانون الطبيعي، ويرى البعض الآخر أن أساسها في نظرية العقد الاجتماعي، فالقانون الطبيعي يرى أن الأفراد الذين كانوا يعيشون في حياة الفطرة كانت لهم حقوق متساوية طبيعة غير منقوصة فهم

[1]: المرجع نفسه، ص31.

[2]: سمير عبده، المرأة العربية بين التخلف والتحرر، ط1، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1980، ص 7.

خلقوا من أصل واحد وبطريقة واحدة وتركيبهم الجسماني واحد ولأجل ذلك يجب المساواة بينهم.

كما تعني المساواة " التطابق والمماثلة بين الأفراد في الحقوق والواجبات بمقتضى القاعدة القانونية التي تنظم العلاقات الاجتماعية"، وتحتل المساواة مكانا مرموقا ضمن المنظومات الحقوقية للدول المعاصرة لأنها تعد شرطا للحرية، لذلك يعد بعض الفقهاء أن المساواة في أول الحقوق وأساسها، وهي عنصر أساسي لبناء دولة القانون، لذلك فقد احتلت المساواة مكانا بارزا في النظم الدستورية المقارنة .

يقصد بالمساواة أيضا من الوجهة القانونية "إن القانون يطبق على الجميع بدون تمييز بين طائفة وأخرى سواء بسبب الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو المركز الاجتماعي".[1]

مبدأ المساواة يعني أنه من حق كل شخص توافرت فيه الشروط التي تتطلبها القواعد القانونية المقررة أن يستفيد من الحقوق والخدمات التي ترتبها هذه القواعد في حال توفر هذه الشروط.

2 – التعريف التشريعي للمساواة بين الرجل والمرأة :

لم يعرف المشرع الجزائري مصطلح المساواة بين الرجل والمرأة، بل عمل على تكريس مجموعة من الحقوق المساوية بين الجنسين في جميع المجالات كما سنتطرق لذلك من خلال الفصل الثاني من المذكرة، إلا أن المشرع ومن خلال التعديل الدستوري لسنة 2020 نص في المادة 36 [2]على: " تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل، تشجع الدولة على ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات الإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات" .

---

[1]: المرجع نفسه، ص8.

[2]: المادة 36 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020.

نجد أنه باستقراء نص المادة 36 أن المؤسس الدستوري لم يقصد من خلال عبارة المناصفة المساواة في سوق الشغل ذلك أن قوانين العمل في الجزائر لا تقر أي تمييز بين الرجل والمرأة وأن هناك تمييز فهو تفاضلي لمصلحة المرأة في حالة منعها من العمل في أماكن العمل الشاقة أو في ظروف قد تؤثر على صحتها وواجباتها في أداء واجباتها الزوجية، إذن فقصد المشرع من استعمال عبارة المناصفة ليست المساواة المطلقة كما يفهم.[1]

المطلب الثاني: الأصول التاريخية لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

تعتبر قضية المساواة بين الرجل والمرأة هي قضية فضفاضة لا ملامح لها طرحت في الغرب ولكن ليس منذ قرنين من الزمان فقط، بل لها خلفية تاريخية ترجع إلى الواقع المرير الذي عانت منه المرأة في العصور التاريخية، وسنتناول من خلال هذا المطلب الأصول التاريخية لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة عند الحضارات القديمة والديانات السماوية.

الفرع الأول: المساواة بين الرجل والمرأة في الحضارات القديمة

اختلفت النظرة في المساواة بين الرجل والمرأة في الحضارات القديمة، لذا سنستعرض ذلك من خلال التطرق لكل من الحضارة اليونانية، الرومانية، الجاهلية، الفرعونية، الهندية وذلك كالتالي[2] :

أولا: المساواة بين الرجل والمرأة في الحضارة اليونانية :

كانت المرأة تتبع الرجل، وتعد جزءا من ممتلكاته الخاصة، ولم يكن لها أي شأن سوى القيام بأعمال البيت، وتربية الأطفال، وعلى الرغم من هذه الأعمال من أهمية كبيرة إلا أنه كانت نظرتهم لها نظرة احتقار، وكانت تخضع للوصاية ألبيها قبل الزواج، ثم

[1]: عبد العزير محمد سرحان، الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، (د،ت،ن)،ص348.

[2]: العسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 50.

لزوجها بعد الزواج، وإذا مات الزوج تنتقل الوصاية إلى ابنه، ثم الوصاية إلى الأقربين... وهكذا.[1]

المرأة اليونانية كانت مسلوبة الحرية منقوصة المكانة في كل ما يرجع للحقوق والفطرة الإنسانية، فكان ينظر إليها على أنها كائن أدنى من الرجل فهي كالسلعة تباع وتشترى ويعتبرونها رجسا، فال يسمح لها إلا بتدبير شؤون البيت وتربية الأطفال.[2]

لم يكن للمرأة أية حقوق حيث جردها القانون الروماني من حقوقها المدنية، فقد كانت تحرم من الميراث، فلا يحق لها أن ترث زوجها أو أباها، إلا إذا كانت الوارثة الوحيدة، وعندما بلغت الحضارة اليونانية أوجها من الرقي وتبذلت المرأة واختلطت بالرجال في الأندية والاجتماعات فشاعت الفاحشة حتى أصبح الزنا أمرا غير منكر وحتى أغدت دور البغايا مراكز للسياسة والآداب وبذلك عرفت ديانتهم بالعلاقة الآثمة بين الرجل والمرأة، كذلك لم يكن اليونانيون في أثينا ينظرون إلى المرأة باعتبارها مساوية للرجل، بل كانوا يعتقدون أنها أدنى منه من حيث الملكات العقلية، فلم تسهم في الحياة الاجتماعية، ولم يكن من حقها التردد على الاجتماعات العامة.

ثانيا: المساواة بين الرجل والمرأة في الحضارة الرومانية

على الرغم من أن الرومان كانوا مجتمعا ذا حضارة مرموقة، ويعد المجتمع الروماني مصدرا هاما للنظم القانونية السائدة، إلا أن وضع المرأة كان أشبه بوضع الرقيق، ولم تحصل على أي احترام ولم يعدوها مساوية للرجل من حيث القيمة الإنسانية،

[1]: موسى بودهان، المساواة بين الجنسين بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، شركة دار الأمة، الجزائر،2011، ص 138.

[2]: موسى بودهان، المساواة بين الجنسين بين الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص139.

وتعتبر أدنى من الرجل وهي متاع مملوك للرجل، ويتصرف فيها كما يشاء، فقد كانت في نظر الرومان أكثر ذلا وأقبح حالا مما كانت عليه في الحضارة اليونانية.[1]

المرأة عند الرومان لم تكن أحسن حظا من مثيلتها عند اليونان فلم يكن لها أهلية مالية في التملك وكان الأب يقوم بتزويج البنات دون إرادتهن وكانت المرأة إذا تزوجت رجلا أبرمت معه عقدا يسمى اتفاق السيادة أي سيادة الزوج عليها، واعتبرت المرأة في رأي فقهاء الرومان في عداد الذين يحجز عليهن بسبب طيش عقلها.[2]

ثالثا: المساواة بين الرجل والمرأة عند الجاهلية العرب :

لقد كان العرب في الجاهلية، يمجدون الذكر ويفضلونه على الأنثى لما له من فضل في الذود عن حياض القبيلة بسيفه وفرسه، فكان عنوان الرجولة والشهامة والنخوة، والرجل بهذا الوصف لا يمكنه أن يجلب العار للقبيلة عكس الأنثى الكائن الضعيف المجلب للرذيلة والعار.

لم يكن للمرأة الحق في اختيار زوجها فإذا مات زوجها وله أولاد من زوجة أخرى، كان الولد الأكبر أحق بزوجة أبيه من غيره ويعتبرها ارثا كبقية أموال أبيه، ولم يكن للطلاق في الجاهلية عدد محدود ولا لتعدد الزوجات حد معين وكانت المرأة تحرم من الميراث لأنه لم يكن يعطى إلا لمن قاتل على ظهر الخيل وحاز الغنيمة.

فقد كانت المرأة عند الجاهلية يرونها كالمتاع، فكان إذا مات أحدهم جاء وليه فوضع عليها ثوبه فلا تستطيع أن تتزوج حتى يوافق هو على ذلك أو تفتدي نفسها منه بمال[3] .

---

[1]: طاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجزء1، الطبعة 1،طا كسيج كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص 168.

[2]: طاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص169.

[3]: المرجع نفسه، ص170.

رابعا: المساواة بين الرجل والمرأة في الحضارة الفرعونية (المصرية)

لقد أنصفت الحضارة الفرعونية القديمة المرأة وكرامتها، ومنحتها حقوق شرعية مثل حقوق الرجل، مقارنة بالحضارات القديمة الأخرى مثل الحضارة اليونانية والرومانية، وكانت للمرأة قدسية خاصة ومكانة محترمة.[1]

شاركت المرأة المصرية مشاركة فعلية في أمور الدين والعقيدة، فكانت تشارك بشعائرها الدينية جنبا إلى جنب مع الرجل، وصدقت في شأنها كما في الرجل ما قاله (هيرودوت) أن الشعب المصري كان أكثر الشعوب تمسكا بأهداب الدين.

تعتبر الحضارة الفرعونية من الحضارات القليلة التي حظيت فيها المرأة بمكانة محترمة مقارنة بالحضارات القديمة، فقد دلت البحوث على أنه كان للمرأة في مصر القديمة مركز ممتاز على المستوى الرسمي والشعبي، وقد ظهر ذلك في النقوش حيث تقف المرأة دائما بجانب الرجل، وهذا ما لم نجده في آثار الحضارات الأخرى، ففي العراق نلاحظ تفرد الرجل بذلك في النقوش، و يتضح لنا هنا مما سبق أن الحضارة المصرية القديمة انفردت تقريبا بإكرام المرأة ومنحها حقوقها الشرعية بصورة متقاربة مع الرجل بعض الحقب، ومن ثم ما لبثت أن أصبحت مكانتها كمثيلاتها في الحضارات الأخرى .[2]

---

[1]: عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، (د، ت، ن)، ص413.

[2]: محمد صبحي، محاضرات في المواريث والتركات والوصايا، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص65.

5 – خامسا: المساواة بين الرجل والمرأة في الحضارة الهندية :

عند الهنود فقد عانت المرأة الهندية القديمة الظلم، ولاقت الاضطهاد والعذاب، وذلك على تنوع أديان الهند وجاء في شرائع الهنود " ليس الصبر والقدر موت والجحيم والسم والأفاعي أسوأ من المرأة".

حيث وصلت درجات احتقار المرأة إلى أعلى مراتبها في الشرائع الهندية القديمة، فقد حولوا فلسفاتهم المعادية للمرأة وجعلوها دينا من خلال كتبهم المقدسة. [1]

كذلك في الشريعة الهندية يجب على المرأة أن تظل خاضعة لسيطرة الرجل طوال حياتها، ولا يجوز لها أن تتصرف وفق مشيئتها.

ولم يكن للمرأة حق في الحياة بعد وفاة زوجها، بل يجب أن تموت بعد موت زوجها، وأن تحرق معه حية على موقد واحد، وقد يكون للرجل زوجات عديدات يسلبن حق الحياة وقت وفاته، وقد دامت هذه الحال حتى القرن السابع عشر وفق شريعة مانو.

إن المرأة في الحضارة الهندية تعتبر مجرد تابع للرجل، عليها أن تفني حياتها وشخصيتها فيه حيا وميتا وعلى النحو الذي يراه.

الفرع الثاني: المساواة بين الرجل والمرأة في الديانات السماوية

اختلفت النظرة للمساواة بين الرجل والمرأة كذلك في الديانات السماوية المختلفة، لذا سنتكلم عن هذه الفكرة من خلال التطرق إلى كل من الديانة المسيحية، اليهودية، الإسلامية كالآتي:[1]

[1]: محمد صبحي، محاضرات في المواريث والتركات والوصايا، المرجع السابق، ص66.

أولا: المساواة بين الرجل والمرأة في الديانة المسيحية

والى المساواة كانت المسيحية تدعو إلى المحبة والإخاء والروحانية والبعد عن المادية بين الناس وكانت تدعو إلى الإيمان بالله ومحبة الإنسان والتسامح وعدم مقابلة الإساءة بمثلها وإلى التمسك بالأخلاق والفضيلة، حيث كانت المرأة خاضعة للرجل ليس لها ذمة مالية مستقلة ودونه في الشخصية القانونية، وإنما خلقت من أجل الرجل فهو سيدها والمسؤول عنها.[2]

وعند المسيحيين فقد قرروا أن تخضع المرأة للرجل ألنها مسخرة له ومخلوقة من أجله، وتقول المسيحية أن رأس المرأة هو الرجل، ألن الرجل ليس من المرأة بل المرأة من الرجل.

عند اليهود المرأة كانت في مرتبة الخادم ولأبيها الحق في بيعها قاصرة، ولا ترث إلا لم يكن لأبيها ذرية من البنين، وإذا آل الميراث إليها لعدم وجود أخ لها. لم يجر لها الزواج ولا يحق لها أن تنقل ميراثها إلى غير سبطها.

بل إنها تورث كمتاع إذا مات زوجها، وكذلك تعتبر المرأة ابتداء الخطيئة وأساسها، لأنها هي السبب في إخراج آدم من الجنة، وإذا حبلت المرأة وولدت ذكر تكون نجسة سبعة أيام، وإذا ولدت أنثى تكون نجسة أسبوعين.[3]

---

[1]: عمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين المرأة والرجل في القانون الدولي والتشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 242.

[2]: عمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين المرأة والرجل في القانون الدولي والتشريع الجزائري، مرجع سابق، ص243.

[3]: المرجع نفسه، ص244.

ثانيا: المساواة بين الرجل والمرأة في الديانة اليهودية :

كانت المرأة عند بعض الطوائف اليهود تعد من مرتبة الخدم ولم تكن ترث إلا إذا لم يكن لأبيها ذرية من البنين.، ويعد اليهود المرأة لعنة لأنها أغوت آدم عليه السالم بالأكل من الشجرة المحرمة حيث ورد في التوراة أن حواء هي التي أغوت آدم بالأكل من شجرة المعرفة الأمر الذي ترتب عليه خروج بني البشر من الجنة إلى دار الشقاء والعناء.

كما فرقت الديانة اليهودية بين الرجل والمرأة، أي بين الجسد (المرأة) والروح (الرجل) ، وما يفعله الرجل من أعمال الأخلاقية في ملة اسرائيل مرجعه إلى المرأة، فقد جاء في سفر التكوين، الفصل: 3 الفقرة 13: فقال آدم: المرأة التي جعلتها معي هي التي أعطتني من الشجرة فأكلت.

بالرغم من أن ديانة اليهود هي تشريع سماوي رباني، ولكن بحكم تعرضه للتحريف فقد أصبح عقيدة فاسدة. [1]

وبالنسبة للميراث يقول الأستاذ عباس محمود العقاد: " فالمأثور عن الكتب المنسوبة إلى موسى عليه السالم أن البنت تخرج من ميراث أبيها إذا كان له عقب من الذكور

ماعدا هذا الحكم الصريح فهو من قبل الهبة التي يختارها الأب في حياته حيث لا يجب الميراث وجوب الحقوق الشرعية بعد الوفاة".

أرى أنه من المنطقي أن انعدام مكانة المرأة في التوراة والإنجيل المحرفين يؤدي إلى انعدام عالقة مالية تربطها بالرجل.[2]

ثالثا: المساواة بين الرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية :

[1]: عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، مرجع سابق، ص415.

[2]: المرجع نفسه، ص416.

عندما جاء الإسلام بالعدل، ونصت الشريعة الإسلامية على إلغاء جميع الأحكام والأعراف والتقاليد التي كانت موجودة بين العرب، والتي تؤدي إلى احتقار المرأة والتقليل من شأنها، فأعطاها حقها في الحياة والوجود، وحررها من جميع القيود التي كانت تكبلها، وأعاد لها كرامتها، وغيرة نظرة المجتمع تجاهها، وساوى بينها وبين الرجل في الكثير من الأمور الدينية، كما ميز بينهما في بعض الحقوق والواجبات مراعاة لوظائفهما الاجتماعية، كما نعرف أن الإسلام أعطى للمرأة حقوق لم تكون قد منحت لها من قبل، وتتمتع المرأة في الشريعة الإسلامية بالأهلية الشرعية والقانونية الكاملة وباحترام إرادتها وباستقلال ذمتها المالية، فلها أن تبيع وتشتري وتقايض وتهب وتوصي وتقرض وتقترض، و تصرفاتها نافذة بإرادتها الذاتية، و كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يساوي بين الرجل والمرأة في العطف والموالاة، فكان يعود المرضى من الرجال، كما يعود المرضى من النساء، فلو كانت هناك تفرقة لاكتفى رسول الله صلى هللا عليه وسلم بزيارة الرجال دون النساء، لكنه كان عليه الصلاة والسلام ينظر إليهن بنفس التقدير والعطف والرحمة الحنان.[1]

المبحث الثاني: المساواة بين الجنسين في انعقاد الزواج والمرحلة السابقة له

شأن كل عقد له أهمية ينبغي أن تسبقه تمهيدات ومقدمات أو ما يسمى المرحلة السابقة للتعاقد، ليتبين لكل واحد من العاقدين مدى تحقيق رغباته ومطالبه في العقد، وبالنسبة لعقد الزواج فإن هذه المرحلة تتمثل فيما يسمى عند العرب وفي لسان الشرع الإسلامي بالخطبة التي تعد مقدمة للزواج ووسيلة إليه، إذ يعتبر أهم مرحلة في العقد بما يترتب عليها من نتائج ففيها يتم اختيار شريك الحياة بعد البحث والتدقيق وعدم التسرع في هذا الاختيار.

المطلب الأول: أحكام الخطبة

[1]: عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، مرجع سابق، ص417.

الخطبة هي تمهيد للزواج وقد شرعت للتعارف والتوافق بين الطرفين، فإذا اتفقنا تم الزواج أما لم يتفقا فيحق لكليهما العدول عن هذه الخطبة.

الفرع الأول: مفهوم الخطبة

في تعريفه اللغوي للخطبة، قال ابن المنظور: "الخطبة مصدر بمنزلة الخطب، والعرب تقول: فلان خطب فلانة: إذا كان يخطبها ويقول الخاطب: حطب فيقول المخطوب إليهم نكح، وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها، وكانت امرأة من العرب يقال لها أم خديجة، يضرب بها المثل، فيقال: نكح، ويقول العرب: واختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم".[1]

بينما الخطبة في الاصطلاح هي طلب نكاح المرأة من وليها أو التماس النكاح وما يفعله الخاطب من الطلب والاستلطاف بالقول والفعل، كما عرفها بدران بأنها" اظهار الرجل رغبته في التزويج بامرأةيحل له التزويج بها".

أما من زاوية التشريع، نص قانون الأسرة الجزائري على الخطبة في المادة 05 منه قائلا: "الخطبة وعد بالزواج ".

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

[1]: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص91.

لقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للخطبة فمنهم من اعتبرها عقدا كاملا ملزما لطرفيه، مستندين في ذلك إلى أن الخطبة تشبه العقد في تكوينها اذ العقد اتفاق بين الطرفين أو أكثر للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وكذلك الخطبة هي اتفاق بين شخصين على الزواج، وقد تبنى هذا الاتجاه القضاء المدني الفرنسي والقضاء المصري. [1]

أما الاتجاه الآخر فاعتبرها مجرد وعد الزواج ولا تحمل الصفة العقدية وليس لها صفة الزامية ولا قيمة قانونية مستندين في ذلك إلى مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون أي ضغط أو إكراه.

أما بالنسبة للقانون، فكما ذكر سابقا نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 05 منه على أن: "الخطبة وعد بالزواج....."[2].

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فنصت على "كل من الوعد بالزواج أو المواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"، من خلال النصين السابقين نجد أنهما قد اعتبر الخطبة وعدا بالزواج وليس عقدا، أي أن الخطبة ليس لها صفة الزامية وجوبية، والدليل على ذلك ما جاء في النصين، فالقانون الجزائري أتبع النص بقوله: "يجوز العدول عنها" أما النص التونسي فقال".... لا يعتبر زواجا ولا يقضى به".

وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ومنهم الجزائري والتونسي والذي أكد على أن الخطبة وعد بالزواج وليس لها صفة الزامية، وفي هذا الاطار يقول الأستاذ ساسي بن حليمة: "يتضح من النص أن المشرع التونسي لم يعتبر أن الخطبة صفة الزامية، فليس لها إذن صفة العقد...."وهو ما يؤكده القضاء التونسي حيث جاء في قرار المحكمة التعقيب أنه: "نص الفصل الأول في مجلة الأحوال الشخصية على أن كلا من الوعد

---

[1]: المرجع نفسه، ص92.

[2]: المادة 05 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى وتأسيسه على ذلك لا يجوز للخطيبين تجاوز حدود الخطبة إلى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة اليهما اتصالا غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خيانية لا يترتب عليها نسبا...."[1].

المطلب الثاني: المساواة بين المرأة والرجل في الزواج

أول ما يطرح في هذا الإطار هو معرفة هل أن الخطبة تكون صادرة من الرجل أو من المرأة أو من كلاهما؟

وبعبارة أخرى هل تستطيع المرأة أن تخطب هي الرجل بإعلانها عن رغبتها في الزواج منه؟

للإجابة على هذا السؤال ننطلق من مسألة مهمة جدا نجدها في الواقع المعيش وهي ذلك العرف السائد سواء في المجتمع الجزائري أو التونسي أو حتى المجتمعات العربية الأخرى ككل، إذ نجد في هذه الأخيرة، عرفا يقضي بأن الرجل هو من يبادر إلى خطبة المرأة أو يسعى إلى ذلك، فيسمى هو الخاطب والمرأة تكون مخطوبة.

وعليه يمكن أن نقول إن الخطبة والاعلان عنها بهذا العرف تكون محصورة بيد الرجل فقط وبالتالي ينعدم مبدأ المساواة بين الجنسين.

الفرع الأول: تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في العدول عن الخطبة

[1]: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص93.

بما أن الخطبة ليست عقدا ولا تتمتع بأية قوة الزامية، وانما مجرد وعد بالزواج، كما سبق بيانه.

فإنه بدون شك يجوز العدول عن هذا الوعد والعدول في معناه هو جواز الرجوع والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج، وكذا التوقف المؤدية إلى ابرام عقد الزواج ولكن هل حق العدول عن الخطبة ممنوح لكلا الطرفين على قدم المساواة، أم أنه حق يقتصر على أحدهما دون الآخر؟[1]

بالنسبة للمادة 5 فقرة 2 من قانون الأسرة[2]، فإنها تنص على أنه: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وعليه فإن قانون الأسرة بهذا النص لم يدع مجالا للشك أن المرأة الرجل لهما نفس الحق في العدول عن الخطبة بدون أي فرق أو تمييز.

وهو ما أكدت عليه كذلك المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرخ في 1992/03/17 ملف رقم 81129[3]، والذي جاء فيه أن "الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها".

وما يمكن قوله إنه يحق لكل من الخاطب أو المخطوبة العدول عن وعده بلا التزام بإتمام الزواج ما لم يوجد عقد الزواج، مادام أن المشرع الجزائري أجاز العدول ولم يقيده بشرط ولا بقيد خاص، ومن ثم يبقى لأحد من الخطيبين حق العدول بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الأخر وطلب رضائه في ذلك، كونه جائز قانونا.

أولا: ركن الرضا

---

[1]:عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين، مطبعة السعادة، مصر، 359.

[2]: للمادة 5 فقرة 2 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]: قرار المحكمة العليا المشهور المؤرخ في 1992/03/17 ملف رقم 81129.

إذا كان الرضا ركنا جوهريا في كل عقد، فمن باب أولى أن يكون كذلك في عقد الزواج، فهو رباط بالغ الأهمية، ولهذا اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج وهو القائم الذي يقوم عليه، ويتوقف وجوده عليه.

يعتبر ركن الرضا ركنا أساسيا لا ينعقد الزواج الا بوجود وأكثر ما يثار بالنسبة لهذا الركن هو ما تعلق فيه بالمرأة ورضاها مقارنة بالرجل، وعليه لا بد من التفصيل في هذا الركن من خلال تعريفه أولا، وكيفية التعبير عنه ثانيا.

يعرف الرضا لغة على أنه مصدر للفعل رضي وهو ضد السخط، أما اصطلاحا فهو تطابق الايجاب مع القبول، أي توافق إدارة الخطيبين من أجل ابرام عقد الزواج وفقا للمشرع والقانون، أو هو الايجاب والقبول الصادر من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر، فينفذ أن تحقق المراد من صدورهما.[1]

لما كان الرضا في حقيقته أمرا باطنيا، فإنه لا بد من ظهور هذا التراضي في صورة واضحة بعيدا عن كل التباس أو تأويل، وذلك لا يكون إلا عن طريق الصيغة أي الايجاب، حيث أن البعض كما سبق بيانه يعتبرون الصيغة هي ركن الزواج والايجاب في الصيغة هو ما يصدر من أحد المتعاقدين، بما يدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية من طرف العاقد الآخر ويسمى موجبا، أما القبول فهو ذلك الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجه له الايجاب بما يدل على موافقته ويسمى القابل.[2]

[1]: عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين، المرجع السابق، ص360.

[2]: المرجع نفسه، ص361.

إن مسألة الرضا بالزواج وتوافره شخصيا من الزوجين بالعقد، هو شرط ورد في كل الاتفاقيات الدولية المتصلة بالموضوع.

حيث نصت الفقرة 02 من المادة 16[1] من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه".

كما أن المادة 23 فقرة 03 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[2] تنص على أنه: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا اكراه فيه"، هذا إلى جانب اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسنن الزواج وتفعيل عقود الزواج والتي استهدفت كفالة وضمان حرية الاختيار في الزواج.

- **المساواة في الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج**

إن عقد الزواج كغيره من العقود يتضمن شروطا يعرف على أنه كل ما يتوقف عليه الوجود الشيء ويكون خارجا عن حقيقته، وقد نص المشرع الجزائري على شروط الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة.[3]

ثانيا: الولي في عقد الزواج

تعتبر مسألة الولاية في عقد الزواج من أكثر المسائل جدلا على الاطلاق حيث يكثر الكلام عن عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة، وأن حرية المرأة في الزواج قاصرة مدى الحياة ومرتبطة برجل هو وليها، ونتيجة لذلك اختلفت الآراء وتعددت الاتجاهات بين مؤيد ومعارض حول هذا موضوع.

---

[1]: الفقرة 02 من المادة 16[1] من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

[2]: المادة 23 فقرة 03 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

[3]: المادة 09 مكرر من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

فالولاية في اللغة بفتح الواو وكسرها هي النصرة وقيل أنها بالفتح مصدره، وبالكسر اسم، كالإمارة، وهي اسم لما يتولاه الانسان ويقوم به من الأعمال، أما اصطلاحا فهي سلطة شرعية تجعل الشخص مخولا بتزويج من كان تحت ولايته، أو فاقد الأهلية أو ناقصها. [1]

وعرفها كذلك ابن عرفة أنها: "من له على المرأة أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو اسلام".

والولاية في الزواج تدخل ضمن الولاية المتعدية والولاية على النفس، وهي الاشراف على الشؤون الشخصية للمرأة، وعليه فإنها تعني أن يقوم شخص كبير راشد على تدبير عقد الزواج للمرأة المحتاجة إلى ذلك.

وتنقسم الولاية إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية الاختيار

فولاية الإجبار هي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم فيها بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه أحد، فهي تنفيذ القول على الغير، وسميت كذلك لأن لمن يملك هذه الولاية حق الاستبداد بتزويج من في ولاية وجبره على ذلك، وعليه بهذه الولاية يكون للولي ترويج موليته لمن يختاره هو سواء رضيت المرأة بذلك أو لم ترض.

أما ولاية الاختيار، فهي التي لا يستطيع فيها الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد أن تتلاقى إرادة الزوجة وإرادة الولي ويشتركان في الاختيار، وتسعى كذلك بولاية الندب والاستحباب. [2]

---

[1]: عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين، المرجع السابق، ص362.

[2]: بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص104.

بعد تعرضنا إلى مفهوم الولاية يجدر التساؤل عن موقف المشرعين في هذه المسألة، وهل جعلا الولاية حقا شخصيا للمرأة تمارسه بمفردها أم للولي الحق في ذلك؟

بداية بالمادة 11 من قانون الأسرة الجزائري [1]والتي جاء فيها "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون[2] يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

والملاحظ أن المشرع الجزائري جاء بنص جمع فيه بين الولاية على المرأة الراشدة والولاية على القصر.

الفرع الثاني: المساواة بين الجنسين في سن الزواج

تعتبر سن الزواج أو ما يعرف بالأهلية هي من الخصائص المميزة للإنسان فيشترط لصحة عقد الزواج توافرها في طرفيه، فهي صلاحية الشخص لأن تكون حقوق وصلاحيته لاستعمالها، وعن طريقها يستطيع معرفة ما يتمتع به من حقوق وما يلتزم به من واجبات.

والأهلية نوعان وجوب وأهلية أداء، فالأولى هي أهلية التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات حتى ولو لم يمارس الشخص بنفسه حقه أو التزامه، أما الثانية فهي أهلية مباشرة الشخص للحق أو الواجب أي استعماله بنفسه.[3]

---

[1]: المادة 11 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: المادة 7 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]: بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص105.

وللحديث عن زواج صحيح، فإنه لا بد أن تكون الإرادة معتبرة ولكي تكون كذلك، يجب أن تكون صادرة عن ذي أهلية، ولهذا فإن المواثيق الدولية اهتمت بحماية كلا الجنسين من الزواج المبكر خاصة المرأة وفي سبيل ذلك سعت إلى تحديد سن الزواج، حيث نصت المادة 02 من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسديل عقود الزواج بأن الدول الأطراف يجب أن تقوم بالتدابير الشرعية اللازمة لتعيين حد أدنى للزواج.

هذا ونصت كذلك المادة 16 من اتفاقية "سيداو" فقرة 02 على أنه: "لا تترتب آثار قانونية على خطبة أو زواج الأطفال وتتخذ كل التدابير الضرورية بما في ذلك التشريعية من أجل تحديد سن أدنى للزواج وفرض تسجيل الزواج في سجل الرسمي"، ذلك دون نسيان اعلان القضاء على التمييز ضد المرأة والذي حظر في مادته السادسة فقرة 03 مسألة زواج الصغار وعقد خطوبة الفتيات غير البالغات.

وعليه من الواجب حسب ما سبق على الدول اعتماد سن أدنى للزواج، وذلك من أدل ضمان حرية تعبير عن الرضا في انعقاد الزواج، مع التأكيد على المساواة بين الرجل والمرأة في أهلية الزواج، وأهلية التصرف بشكل عام، إذ نصت المادة 15 فقرة 02 من اتفاقية "سيداو" على أن: "تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية مع إبرام العقود وإدارة الممتلكات".

وتعتبر الشهادة الطبية كشرط شكلي لانعقاد الزواج، ثم إن الفحص الطبي هو معرفة حالة الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد في صيانة الصحة والكشف المبكر للأمراض وهي في أطوارها الأولى.[1]

أما الفحص الطبي قبل الزواج هو دراسة للحالة الصحية العامة لدى كل من الزوجين للكشف عن أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك، أو بعبارة أخرى هو مجموعة من الفحوصات المخبرية أو السريرية التي تقترح عملها على أي شريكين قبل ارتباطهما بعقد الزواج، وذلك لتقديم النصح لهما بهدف الحصول على حياة زوجية سعيدة وأطفال أصحاء، وبالتالي أسرة سليمة ومجتمع سليم.

يتعين على ضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن عملها بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج وتؤثر بذلك فيه.[2]

[1]: بن عومر محمد صالح، تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، الجزائر، 2009، ص697.

[2]: بن عومر محمد صالح، تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص698.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: أثار التساوي بين الجنسين في الزواج

تمهيد:

ينجم عن قيام عقد الزواج الصحيح مجموعة من الآثار، والذي يقصد بها تلك النتائج التي ترتب على العقد بمجرد انعقاده، والأصل في هذه النتائج أن تكون بحكم الشارع لما رتبه من أثار ملزمة للطرفين.

ومن هذه الآثار ما هو شخصي ذاتي في تلك الحقوق والواجبات المعنوية الملقاة على عاتق الزوجين، وما هو غير شخصي إنما سيشمل التي تخص ملاكز المرأة مقارنة بالرجل من باب المساواة في هذه الآثار.

الفصل الثاني: أثار التساوي بين الجنسين في الزواج

تمهيد:

ينجم عن قيام عقد الزواج الصحيح مجموعة من الآثار، والذي يقصد بها تلك النتائج التي ترتب على العقد بمجرد انعقاده، والأصل في هذه النتائج أن تكون بحكم الشارع لما رتبه من أثار ملزمة للطرفين.

ومن هذه الآثار ما هو شخصي ذاتي في تلك الحقوق والواجبات المعنوية الملقاة على عاتق الزوجين، وما هو غير شخصي إنما سيشمل التي تخص ملاكز المرأة مقارنة بالرجل من باب المساواة في هذه الآثار.

الفصل الثاني: أثار التساوي بين الجنسين في الزواج

المبحث الأول: المساواة بين الجنسين في الآثار الشخصية

يقصد بالآثار الشخصية هنا هي تلك الآثار غير المالية وهي الحقوق والواجبات المعنوية التي تفرض على الزوجين، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجدها تخول حقوقا متبادلة لكلا الزوجين، فبعضها يشتركان فيها، والبعض تستقل بها المرأة والبعض يستقل بها الرجل.

المطلب الأول: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين

طبقا المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجب على الزوجين[1] :

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات
- معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم

-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف

-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف ".

حيث كانت تنص المادة 36 قبل التعديل على أنه: "يجب على الزوجين :المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة .التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم .المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

1: المادة 36 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

أما بتصفح مجلة الأحوال الشخصية، فإن الفصل 123 منها ينص على أنه: "وعلى كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به، ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء، وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية".

من خلال هذين النصين، يظهر أن كلا المشرعين جعلا الحقوق والواجبات مشتركة فكل ما هو حق لزوج هو واجب على الزوج الآخر والعكس صحيح وذلك باستعمالهما عبارة "على الزوجين[1] ."

وبذلك تظهر فلسفة المشرعين واضحة في التسوية بين الشريكين في المسؤوليات وإذا انتقلنا إلى تعداد الحقوق والواجبات المنصوص عليها في المادتين، نجد أن المشرع الجزائري كان أكثر سردا وتفصيلا في هذه المسؤوليات عكس نظيره التونسي والذي نص على أهمها مع التأكيد أن على الزوجين القيام بواجباتهما حسب العرف والعادة، وإزاء ذلك، سوف تحاول التعرض بالتفصيل إلى أهم المسؤوليات التي نص عليها كلا المشرعين، خاصة تلك المشتركة بينهما.

الفرع الأول واجب المعاشرة بالمعروف

أصل العشرة بالمعروف هي القرآن الكريم لقوله تعالى: "وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيراً كثيراً".

وفي تفسير ابن كثير فإن عاشروهن بالمعروف فتعني فطيبوا أقوالكم لهن، وأحسنوا أفعالكم وهيئاتكم بحسب قدرتكم. [2]

1: أحمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها – دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص274.

2: عمر نصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، د.س.ن، ص956.

أما في تفسير الشنقيطي فيقول: "معاشرة النساء بالمعروف أي مع طيب قول وحسن فعل".

وقد ذهب الشيخ الشعراوي إلى تبيان أن المعروف أوسع دائرة من المودة فالود يكون عن حب، إلا أن المعروف ليس ضروريا أن يكون عن حب؟ .وعلى المرأة هي كذلك معاشرة زوجها بالمعروف، وفي صدد عدم العشرة وإيذاء المرأة لزوجها يقول عليه الصلاة والسلام: "لا تؤذي امرأة زوجها في الدنيا، إلا قالت زوجته من الحور العين لا تؤذيه قاتلك الله فإنما هو عندك دخيل يوشك أن يفارقك الينا."

فإحسان العشرة بالنسبة للمرأة يوجب عليها حسن المعاملة والتجاوز عن بعض أخطاء زوجها حتى تدوم العلاقة الزوجية وهو ما يكون كذلك على الزوجة.

حيث أن كلمة معروف وردت ضمن 22 آية من سورة البقرة تعرضت كلها لعلاقة الزوجين بعضهما البعض وهي الآيات من 221 إلى 242 من سورة البقرة .

وإحسان العشرة يدخل ضمنه الاحترام والذي يعني ابداء اعتبار ومراعاة خاصة لأحد الأشخاص، أي معاملته بالمعروف مع الالتزام بعدم الاضرار به وعدم التدخل في شؤون، وعليه، فإن المعاشرة بالمعروف هي تلك المعاملة طبقا للعرف أي حسب ما جرى واتفق عليه الأفراد في المجتمع في أغلبيتهم من معاملة حسنة فيها ود ورحمة ومحبة، فهذه هي روح الإسلام وما أكدت عليه. [1]

وأمام كل هذه المعاني يتبين أن المعاشرة بالمعروف هي عبارة تحمل في طياتها عدة التزامات مادية ومعنوية بين الزوجين فتجمع بين الود والمحبة والاحترام، وبين حسن الفعل وحسن القول وعدم الإضرار في البدن أو في المال .

1: عمر نصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ص957.

والجدير بالذكر في هذا المقام هو أن المعاشرة بالمعروف لم ينص عليها المشرع الجزائري إلا بعد تعديل 2005، حيث تدارك النقص الذي كان يعتري المادة 36 باعتبار أن هذا الواجب من أهم الواجبات الملقاة على الزوجين.[1]

الفرع الثاني: تعاون الزوجين على مصلحة الأسرة

عند المشرع الجزائري، إن فلسفة إقرار مبدأ المساواة واضحة من خلال هذا الواجب والذي ألزم فيه كلا الزوجين بالتعاون على مصلحة الأسرة وتربية الأولاد، فبالنسبة له، فإن تربية الطفل لا تقتصر على أحد الأبوين فقط، فلبناء أسرة على أسس متينة يكتنفها الاستقرار.

فإن هذا الواجب لا بد أن يكون مسؤولية مشتركة بين الزوجين الحقوق والواجبات الملغاة والتي تعيق تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين، فإن كلا المشرعين قد حذف أو ألغى واجب طاعة الزوجة لزوجها، فالمشرع الجزائري ألغى المادة 39 من قانون الأسرة التي كانت تنص على هذا الواجب في فقرتها الأولى.[2]

وإحسان العشرة يدخل ضمنه الاحترام والذي يعني إبداء اعتبار ومراعاة خاصة لأحد الأشخاص، أي معاملته بالمعروف مع الالتزام بعدم الإضرار به وعدم التدخل في شؤونه، وعليه، فإن المعاشرة بالمعروف هي تلك المعاملة طبقا للعرف أي حسب ما جرى واتفق عليه الأفراد في المجتمع في أغلبيتهم من معاملة حسنة فيها ود ورحمة ومحبة، فهذه هي روح الإسلام وما أكدت عليه، وأمام كل هذه المعاني يتبين أن المعاشرة بالمعروف هي عبارة تحمل في طياتها عدة التزامات مادية ومعنوية بين الزوجين فتجمع بين الود والمحبة والاحترام، وبين حسن الفعل وحسن القول وعدم الإضرار في البدن أو

1: المادة 39 فقرة 01 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

2: سنية العش ملاك، واجب الاخلاص بين الزوجين، مذكرة شهادة ماجيستير، جامعة قرطاج، تونس، 2007، ص 64.

في المال، والجدير بالذكر في هذا المقام هو أن المعاشرة بالمعروف لم ينص عليها المشرع الجزائري إلا بعد تعديل 2005.[1]

المطلب الثاني: الحقوق والواجبات المعرقلة لتطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين

الفرع الأول: واجب الطاعة

يرى البعض أن واجب الطاعة وإن ألغي شكليا، إلا أنه لم يلغ واقعيا فقد بقي بصورة غير مباشرة من خلال إبقاء المشرع على رئاسة الأسرة للزوج.

إلا أن صحة هذا الرأي تبقى نسبية لأن المشرع التونسي ربط مسألة رئاسة الأسرة بواجب الإنفاق، وكان نصه صريحا، فجعل الزوج رئيسا للعائلة بإنفاقه فقط، رغم أن رئاسة العائلة وقيادتها نطاقها أوسع بكثير من ذلك.

فالمساواة بين الجنسين في مسائل الزواج وآثاره وأما من جانب التشريع الأسري الجزائري، فإن الإجابة على السؤال المطروح تكمن من خلال التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع والمقدم من قبل الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه: "وتعرف مجلة الأسرة الجديدة في مادتها 36، الحقوق والواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان، وهكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج... قد حذفت و لم يحل مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين..."، مما يجعل الأمر واضحا ، وهو أن سبب إلغاء واجب الطاعة ، هو إقرار مبدأ المساواة بين الجنسين.[2]

إذ حسب هذه الاتفاقيات، فإن هذا الالتزام يجعلها في مرتبة أدنى من الرجل مما ينافي مبدأ المساواة خاصة اتفاقية القضاء على جميع لأشكال التمييز ضد المرأة، والتي

1: الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

2: عمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص81.

نصت في الفقرة الأولى حرف "ج" من المادة 16[1] أنه..." :تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة...نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه ".

هذا فيما يتعلق بواجب طاعة الزوجة لزوجها فماذا عن حق قوامة الزوج على زوجته وأسرته؟

الفرع الثاني حق قوامة الزوج على الزوجة

إن كلمة قوامة كلمة مأخوذة من القرآن الكريم ورغم أنها كلمة واحدة إلا أنها تحمل في طياتها معاني كثيرة، ويشتمل مدلولها على جوانب مختلفة تخص علاقة الزوج والزوجة الأسرية والاجتماعية. وما يجب الإشارة إليه هو أن هذه الكلمة يسيء الكثير استخدامها نظرا لجهلهم وقلة فهمهم، أو لعدم استيعابهم لمعناها الحقيقي ومدلولها الشرعي، هذا من جهة.

وإن هناك العديد من الرجال يسيؤون استعمال حق القوامة، إما بالإفراط أو التفريط، لذا لابد من توضيح معنى ومفهوم هذا الحق الشرعي .فالقوامة لغة تعني من قام على الشيء يقوم قياما، أي حافظ عليه وراعى مصالحه، ومن ذلك القيم والذي يقوم على شأن شيء ويليه ويصلحه، والقيم هو السيد وسائس الأمر والمدبر، وقيم المرأة هو زوجها أو وليها لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج إليه، والقوام على وزن فعال للمبالغة من القيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد[2].

1: المادة 16 فقرة 01 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

2: عمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص82.

أما في الاصطلاح الشرعي، فإن القوامة تعني قيام الزوج على زوجته بالحماية والرعاية ولتوضيح أكثر لمسألة القوامة يجب تفسير الآيات الكريمة التي تمنح الزوج هذا الحق، وفي هذا يقول الله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم، وفي تفسير سيد طنطاوي، فإن القوامون جمع قوام على وزن فعال للمبالغة من القيام على الشيء، وقيم المرأة وقوامها الذي يقوم بأمرها ويهتم بحفظها وإصلاحها ورعاية شؤونها، أي الرجال يقومون على شؤون النساء بالحفظ والرعاية والنفقة والتأديب وغير ذلك مما تقتضيه مصلحتهن.[1]

وسبب نزول الآية هو أن سعد بن الربيع نشرت إليه امرأته حبيبة بنت زيد بن أبي زهير فلطمها فقال أبواها يا رسول الله، أفرشة كريمي فلطمها فقال عليه الصلاة والسلام: لتقتص من زوجها، فانصرفت مع أبيها لتقتص من زوجها، وقال عليه الصلاة والسلام: ارجعوا، هذا جبريل أتاني، فأنزل الله هذه الآية الكريمة، فقال عليه الصلاة والسلام: أردنا أمرا وأراد الله غيره وفي رواية أخرى: "أردت شيئا وما أراد الله خير" ونقض الحكم الأول".

وبخصوص قوله تعالى: "بما فضل الله بعضهم على بعض" أي بمعنى أني جعلت القوامة على النساء أي أحسن منهم إلا أن النص القرآني والتفاسير واضحة، فالرجل مفضل على المرأة والمرأة ابن كثير الدمشقي، ويستشف ذلك من قوله تعالى: "بما فضل الله بعضهم على بعض" ومعلوم أن الفضل في اللغة هو الزيادة ولاشك أن الله أعطى الرجل زيادة شاءها تتناسب مع وظيفته ونفس الشيء بالنسبة للمرأة.

ومن هنا نجد أسباب إعطاء القوامة للرجل دونا عن المرأة فللرجل تكوين جسدي متميز وقدرة على تحمل المشاق وأعباء الحياة، إضافة إلى فكره الذي يطغى على عاطفته

1: عمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص83.

وبهذه الصفات يكون الرجل مهيئا لأن يكلف بالقيادة، فهو أقرب إلى تحكيم النظر العقلي أما المرأة فهي أقرب إلى الاستجابة للعاطفة بما أفاضه الله عليها من العطف والحنان. [1]

وأيضا، فإن المرأة تعتريها حالات خاصة من الحمل والحيض والولادة وكذا سن اليأس مما يتسبب لها في متاعب صحية ونفسية، ما يؤدي بها إلى عدم الاستقرار بسبب الضعف البدني والنفسي الذي تعاني منه مما يجعل نظرتها للأمور بعيدة عن الهدوء والموازنة؟

ومن أسباب القوامة كذلك أن المرأة تدخل في ذمة الرجل، ووجب نفقتها عليه، ووجب عليه صداقها، إذن، فالشريعة كرمت المرأة إذ فرضت لها مكافأة عن أمر تقتضيه الفطرة، ونظام المعيشة وهو أن يكون زوجها قيما عليها فجعل هذا الأمر من قبيل الأمور العرفية التي يتواضع الناس عليها بالعقود لأجل المصلحة؟[2]

وفي إطار الفضل يقول الرازي: "واعلم أن فضل الرجل على النساء حاصل من وجوه كثيرة بضعها الصفات حقيقة وبعضها أحكام شرعية أما الصفات فاعلم أن الفضائل الحقيقية يرجع حاصلها إلى أمرين: العلم، والقدرة ولاشك أن عقول الرجال وعلومهم أكثر، وقدرتهم على الأعمال الشاقة أكمل، والسبب الثاني قوله تعالى: "وبما انفقوا من أموالهم" يعني الرجل أفضل من المرأة لأنه يعطيها المهر وينفق عليها" .

ومقابل قوامة الرجل، فإن للمرأة كذلك قوامة وهي قوامتها للمنزل وذلك عن طريق قيامها بما يحتاج البيت والزوج من طبخ وإعداد للطعام وغسل وتنظيم وغيرها من الأعمال، وهو ما بخدمة البيت .يسمى بيد أن هذه القوامة وخدمة المرأة لمنزلها هو أمر

1: هجيرة دنوني، التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 21، تلسمان، 2012، ص231.

2: هجيرة دنوني، التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، المرجع السابق، ص232.

اختياري، وهي ليست مجبرة عليه أي أنه عقد تبرع منها، حيث جرت العادة والعرف على أن المرأة هي من يقوم بهذه الأعمال وهو ما أخذ الفقهاء به جمهور[1].

وبهذا فإن للرجل قوامة خاصة به تتمثل بالقيام برعاية شؤون زوجته وأولاده وأسرته بتوفير كل ما فيه مصلحة لهم، وبالمقابل للمرأة قوامة على بيتها بخدمته حسب العرف والعادة، مما يؤكد أن حق قوامة الرجل على المرأة ليس بتمييز ضدها ولا انتقاص من مكانتها بل هي تشريف لها وحفظ لحقوقها ومصالحها، إلا إذا تعسف الرجل في استعمال هذا الحق.

والواقع، فإنه من مقتضيات ومتطلبات قوامة الزوج هي توليه لرئاسة الأسرة من أجل قيادة الأسرة، وبهذا يكون للزوج صلاحية إصدار الأوامر واتخاذ القرارات من أجل حسن التسيير.

المبحث الثاني: المساواة بين الجنسين في أثار الزواج المالية

للبحث عن مدى تكريس مبدأ المساواة في آثار الزواج المالية في كل من التشريعين للمرأة وواجب حق الأسريين الجزائري والتونسي، سوف نتكلم أولا عن مسألة النفقة هل هي على الزوج أم أنها واجب على كليهما، وبعدها ننتقل إلى معرفة مدى استقلالية الذمة المالية للمرأة عن الرجل وهل للزوج سلطة على أموال زوجته، دون نسيان أهم أثر من هذه الآثار وهي مسألة الميراث.

1: المرجع نفسه، ص233.

الفصل الثاني: أثار التساوي بين الجنسين في الزواج

المطلب الأول: النفقة

نظام النفقة هو مظهر من مظاهر التكافل الاجتماعي بين الأقرباء والأزواج، وتعد النفقة آثار عقد الزواج، وذلك شرعا وقانونا، وتعرف النفقة لغة على أنها اسم مشتق من بمعنى الإخراج والذهاب، فيقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع الإنفاق.[1]

أما اصطلاحا، فهي كل ما يصرفه الإنسان على من تجب عليه نفقته من طعام أو كسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس منى وجد السبب وعليه، فنفقة المرأة هي ما تحتاج إليه في معيشتها من طعام وكسوة وشراب ومسكن؟، وغيرها مما يلزمها بالضرورة لحياتها اليومية وفقا للعرف.

أصل مادة النفقة إما من النفوق بمعنى الهلاك، يقال نفقت الدابة نفوقا إذا هلكت، وإما من النفاق بمعنى الزواج، ومن ذلك سمى المال، الذي يصرفه الإنسان على غيره نفقة كما في ذلك من هلاك المال ورواج الحال.

والمعلوم هو أن النظام الإسلامي جعل الإنفاق على الزوجة و الأولاد واجبا على الزوج وأعفى الزوجة من الانفاق ولو كانت غنية، فهل أن ذلك هو ما يسري على الزوجة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي، أم يجب عليها الإنفاق مثلها مثل الزوج. [2]

الفرع الأول واجب الزوج بالإنفاق في ضوء الشريعة الإسلامية

ثبت واجب انفاق الزوج على زوجته وأولاده بالكتاب والسنة وذلك في قوله تعالى : "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " والمولود له هنا هو الزوج، وقوله تعالى :

1: بهلول سعيدة، الحقوق الزوجية تدبير وقائي من الطلاق بين تأكيد الشرع ومشكلات الواقع الجزائري، بحث فقهي مع دراسة ميدانية في ولاية بومرداس، مذكرة ماجيستير في العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص101.

2: بهلول سعيدة، الحقوق الزوجية تدبير وقائي من الطلاق بين تأكيد الشرع ومشكلات الواقع الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

"أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاشرتم فسترضع له أخرى ، إلى جانب قوله تعالى: " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا".

أما من السنة النبوية، فعن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم وأنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، وجه دلالة هذه الآية أنها تفيد أن اسكان المطلقة واجب على الزوج والأمر بالإسكان أمر بالاتفاق، وكذلك من السنة عن أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها أن هندا قالت: "يا رسول الله إن أب سفيان رجل جشع وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف، هذا وقد أجمع الفقه على أن نفقة المرأة واجبة على زوجها في ذلك يقول ابن قدامه "وأما الاجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز.[1]

أما بخصوص نفقة الأولاد، فهي كذلك واجبة على الأب لقوله تعالى: " فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن "، فقد أوجب الله أجر رضاع الولد على أبيه والولد هنا هو الولد الصلب سواء ذكرا كان أم أنثى، وسبب وجوب النفقة هو الزوجية الصحيحة، غير أن الوجوب لا يثبت بمجرد العقد، كما في وجوب المهر، بل لما يترتب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها بشرط ألا يفوت حق الزوج في استقرار الزوجة في بيت الزوجية وتفرغها له، وأن تكون صالحة للمعاشرة الزوجية، والقيام بواجباتها نحو الزوج.

1: حسن صلاح الصابر عبد الله، نفقة الأولاد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002، ص344.

ولا يجوز أن يفهم مما سبق أن وجوب النفقة هو مقابل خدمة المرأة للزوج فتكون كالأجيرة ويدل على ذلك قول جمهور الفقهاء بعدم وجوب خدمة المرأة لزوجها.[1]

الفرع الثاني: المساواة بين الجنسين في الإنفاق

إذن فإنفاقه يعني ذلها ولا حاجتها إليه بل هو واجب من واجباته وحق من حقوقها فلا تكون نفقته تفضلا منه ولا احسانا وليس له أن يمن عليها في ذلك، ومن مبدأ المساواة في هذا المقام يأخذنا إلى القول أنه من أجل تجسيد هذا المبدأ يجب ألا يلزم الزوج عن الانفاق على زوجته إذ لابد أن تساهم الزوجة كذلك في نفقات ويصبح هذا الواجب مسؤولية مشتركة بينهما يمارسانها كما يمارسان الواجبات الأخرى.

وهو ما تسعى المواثيق الدولية والاتفاقيات إلى تحقيقه خاصة اتفاقية سيداو بقولها: "نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وبعد فسخه العائلة، من وهو ما تأخذ به كذلك أغلبية الدول الغربية فمثلا القانون الفرنسي يقر بوجوب المساواة بين الزوجين في تسيير أموالهما وأموال أولادهما، حيث نصت الفقرة 02 المادة 214 القانون المدني الفرنسي على أنه "إذا لم تحدد اتفاقية مالية أو اتفاقية خاصة مشاركة الزوجين في الأعباء المالية للزواج، فإنه يجب عليهما المشاركة في تلك الأعباء بنسبة تحدد باحترام قدراتهما المالية"، يبد أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد نص في المادة 74[2] منه على أنه: "تحب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78-79 و89 من هذا القانون."، إضافة إلى نصه في المادة 53 فقرة 01 على أنه[3]: "يجوز للمرأة

1: المرجع نفسه، ص 345.

2: المادة 74 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

3: المادة 53 فقرة 01 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

طلب التطليق عدم الإنفاق ."... مما يؤكد أن المشرع الجزائري أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالنفقة وجعلها واجبة على الزوج، ولم يحرم المرأة منها.

وتشمل النفقة حسب المادة 78 من قانون الأسرة[1]، الغذاء الكسوة، السكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

ورغم هذا الموقف إلا أن السؤال يبقى مطروحا حول معرفة عما إذا كان يسر الزوجة وغناها يجعلها ملزمة بالإنفاق مع زوجها، وهل أن هذا اليسر يمكن أن يسقط عن الزوج واجب الإنفاق؟ إن حق الزوجة في نفقة زوجها عليها وعلى أولادها لا يسقط، ولو كان لها مال و هو ما يتضح من صراحة نص المادة بوجوب نفقة الزوج عليها، وما أكده القضاء إذ جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن يسر الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة (الطاعنة) رغم عدم اثبات عسر الزوج (المطعون ضده) أخطأوا في تطبيق القانون.

بخصوص مساهمة الزوجة في الانفاق لم يورد المشرع الجزائري أي نص قانوني يلزمها بذلك مادام الزوج موسرا، إلا في حالة عسر الزوج وذلك حسب المادة 76 من قانون الأسرة أما الجزائري، ورغم هذا الموقف إلا أن السؤال يبقى مطروحا حول معرفة عما إذا كان يسر الزوجة وغناها يجعلها ملزمة بالإنفاق مع زوجها، وهل أن هذا اليسر يمكن أن يسقط عن الزوج واجب الإنفاق؟[2]

1: المادة 78 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

2: تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية والقانون وحقوق الإنسان حرية العقيدة والمساواة، مبدأ سيادة الشعب، المرجع السابق، ص133.

إن حق الزوجة في نفقة زوجها عليها وعلى أولادها لا يسقط، ولو كان لها مال و هو ما يتضح من صراحة نص المادة بوجوب نفقة الزوج عليها، وما أكده القضاء إذ جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن يسر الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة (الطاعنة) رغم عدم اثبات عسر الزوج (المطعون ضده) أخطأوا في تطبيق القانون ."بخصوص مساهمة الزوجة في الانفاق لم يورد المشرع الجزائري أي نص قانوني يلزمها بذلك مادام الزوج موسرا، إلا في حالة عسر الزوج وذلك حسب المادة 76 من قانون الأسرة أما الجزائري، عكس المشرع التونسي والذي يلزم صراحة الزوجة الميسورة على المساهمة في الانفاق من الزوج على عائلتها سواء كان الزوج موسرا أو معسرا، وذلك حسب الفصل 23 الأحوال الشخصية إذا جاء فيه: "على الزوجة أن تساهم في الانفاق على الأسرة إن كان لها مال...". فرغم أن المشرع التونسي أخذ بما جاء به قانون الأسرة الجزائري حول النفقة وجعل الزوج هو الملزم بالإنفاق على الأسرة صلب نفس الفصل قائلا: "وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأولاد ..." .

المطلب الثاني: مدى المساواة بين الزوجين في الذمة المالية

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري تنص المادة 37[1] منه على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في رسمي لاحق حول الأموال المشتركة وكذا النسب التي تؤول لكل واحد منها"، أما مجلة الأحوال الشخصية، فتنص في الفصل 24: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها ."

1: المادة 37 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجة عن الزوج

تعرف الذمة المالية لغة على أنها العهد والكفالة والضمان، والأمان وأطلق على العهد ذمة لأن نقضه يوجب الذمة.

والذمة بالكسر هي العقد ورجل ذمي أس له عقد، وقال الجوهري أهل الذمة، أهل العقد.

أما اصطلاحا وهي وعاء اعتباري يقدر تكونه في الشخص لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتب عليه، وعرفه عبد الرزاق أحمد السنهوري الذمة على أنها: " وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويميز به أهل الالزام والالتزام".[1]

وعليه فالذمة المالية عموما هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات العقد ورجل ذمي أي له عقد، وقال الجوهري أهل الذمة .

فالذمة المالية للإنسان تضم جانبين أو شقين: إيجابي ويسمى بأموال الذمة وآخر سلبي ويسمى بخصوم الذمة، أما الإيجابي فيضم الحقوق المالية المقررة للشخص الموجود فعلا أو التي قد توجد مستقبلا، وأما الجانب السلبي فيضم الالتزامات المالية المترتبة عليه أو الحقوق المالية المقررة عليه منظورا إليها كمجموع، وإذا زادت عناصر الجانب الأول (أصول الذمة) على عناصر الجانب الثاني للخصوم كانت الذمة المالية للشخص موسرة أما إذا كان العكس كانت الذمة المالية للشخص معسرة المالية.[2]

1: تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية والقانون وحقوق الإنسان حرية العقيدة والمساواة، مبدأ سيادة الشعب، المرجع السابق، ص134.

2: المرجع نفسه، ص135.

ورغم أن الزواج يعتبر واشتركا بين الزوجين خاصة في الجانب الشخصي، إلا أنه ذمة زوجها، إذ لها عن ليس نفس الشيء في الجانب المالي، فذمة المرأة المالية مستقلة تماما الاستقلال التام بشؤون أموالها، فلها أن تمتلك ما تشاء وتتصرف في مالها كيفما تشاء.

وهو ما يكرسه التشريع الأسري الجزائري في مادته 37على أنه: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر...". ويؤكد المشرع التونسي على ذلك بتعبير آخر قائلا في الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية أنه: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها"، اتحاداً ونتيجة هذين النصين هو تجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين في حرية التصرف في المال، إلا أنه يجدر الإشارة الى أن أصل هذه الحرية ومسألة استقلالية الذمة المالية للمرأة هو الشريعة الاسلامية وذلك لقوله تعالى: " للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن واسألوا الله من فضله إن الله كان بكل شيء عليما"، إضافة إلى قوله تعالى: " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا ".

وأمام هذا، فالزوج في الإسلام لا تأثير له على أموال الزوجة سواء كانت منقولا أو عقارا، اكتسبت قبل الزواج أو بعده، وللمرأة أن تتصرف في مالها دون إذن زوجها كيفما شاءت وهو ما أخذ به جمهور الفقهاء.[1]

فإن المشرع الجزائري لم يكتف بالتنصيص على حرية المرأة في التصرف في مالها –كما كان سالفا – بل أكد على استقلالية ذمتها المالية عن زوجها من خلال النص الجديد بعد تعديل 2005 فالزوجة بذلك هي سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما تملك سواء قبل الزواج أو بعده، ولها الحرية الكاملة في إدارته دون إذن أو تدخل من الزوج. [2]

1: حمود حمبلي، المساواة في تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص166.

2: المرجع نفسه، ص167.

هذا ولا يمكن له كذلك منعها من التصرف أو من تشغيل أموالها فليس للزوج بسبب الولاية أو القوامة أن يتصرف في أموالها وللزوجة أن توكل غيره بإدارة بإدارة مصالحها وتنفيذ عقودها بلا توقف على إجازته مطلقاة .وهو نفس الشيء الذي عبر عنه المشرع التونسي قائلا لا ولاية للزوج على أموال زوجته، إذن فلا حق للزوج على أموال زوجته، فهي تتمتع باستقلالها المالي ولها الأهلية الكاملة للتصرف فيها دون ولاية من قبل الزوج بشتى أنواع التصرف دون قيد أو شرط". [1]

وبهذا، فإن مجلة الأحوال الشخصية تكرس فيما يتعلق بأموال الزوجين نظام التفرقة في الأموال، مما يمنح المرأة أهلية التصرف في أموالها، علما أن الوضع القانوني والواقعي المتعلق بأهلية المرأة التونسية قبل الاستقلال لم يكن بمنحها أهلية آداء كاملة فقد كانت أهلية المرأة على ذاتها منقوصة، لذلك لم تكن قبل الاستقلال على المستوى الواقعي تتمتع إلا بأهلية تصرف جزئية في مالها، حيث كانت تنص المادة 38 من قانون الأسرة قبل التعديل على أنه، "للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها تتكون الذمة المالية للزوجة من:

– المنقولات والعقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج

– ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة والإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي

– الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة أو عند إبرام عقد الزواج

– الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي في ذمتها لفائدة الغير

– ما تحضره لبيت الزوجية من أثاث وأمنعة ومجوهرات ومواد أخرى

تكون الذمة المالية للزوج من: [2]

– المنقولات والعقارات التي اكتسبها قبل الزواج

1: حمود حمبلي، المساواة في تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص168.

2: عمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص41.

– الديون المستحقة له اتجاه الغير والديون التي بذمته لفائدة الغير الغير سما قد يؤول اليه عن طريق الهبة أو الوصية أو الارث أو عن طريق تعويض شخصي

– الهدايا التي أهدتها له الزوجة في فترة الخطوبة وما بعد الزواج.

ورغم الزواج ومضي عامين عليه، إلا أن المرأة كانت منقوصة في أهليتها بموجب الفصول من محلة الالتزامات والعقود قبل تنقيحها بموجب القانون عدد 17 المؤرخ في 7 فيفري 2000، لأن هذه الفصول كانت تجعل الزوج وليا أو ممثلا قانونيا لزوجته في أغلب تصرفاتها في أموالها، ورغم أن تعديل هذه النصوص لم يكن إلا حديثا، فإنه في الواقع بعد صدور مجلة الأحوال الشخصية فقد صارت هذه الفصول طي النسيان.

ورغم صراحة المشرع التونسي بأن لا ولاية للرجل على أموال المرأة، مما استقلال المرأة ماليا، بيد أن هذا الاستقلال منقوص، وذلك لأن المشرع ألزم الزوجة من جهة أخرى بالمساهمة في الانفاق من ذمتها المالية، مما يجعلنا نقول أن هذه المساهمة تعتبر انتقاص للمرأة من استقلالية ذمتها المالية[1].

الفرع الثاني حماية حقوق المرأة من خلال العقد المالي بين الزوجين

حسب ما سبق، فإن بالزواج لا يحدث الاختلاط بين ذمة الزوجين بل يبقى كل منهما منفردا بذمته المالية المستقلة والقائمة بذاتها، ويحتفظ بذلك بمكاسبه ليديرها بنفسه ومن دون تدخل قرينه إلا أن الواقع ليس دائما مطابقا لهذا المبدأ، ففي الغالب يشترك الزوجان في أعباء الحياة نقح بالأمر المؤرخ في 03 أوت 1956، بل كثيرا ما تكون الأموال المكتسبة بعد الزواج هي نتيجة مجهود مشترك ساهم كل من الزوجين فيه .وقد أفرز هذا الواقع العديد من النزاعات بخصوص هذه المسألة، فالزوجة التي تساعد زوجها وتساهم في العديد من الأمور المالية معه كشراء السكن والسيارة وغيرها دون أن تفكر في مستقبل علاقتها معه أو تتصور أنها قد تنفصل عنه تجد نفسها غير مالكة أي شيء .

1: عمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص42.

ونتيجة إلى الإجحاف الذي يلاحق المرأة، والإنكار الذي يواجهها حالة الانفصال الزوجي مع صعوبة الاثبات نظرا لحسن نيتها كان على المشرعين الجزائري والتونسي استحداث عقد مالي يساهم في حماية حقوق المرأة المالية وضمان مكتسباتها المالية خلال الحياة الزوجية، فأوردت المادة 37 ف2[1] من قانون الأسرة، ما يسمى عقد الاتفاق على الأموال المشتركة خلال الحياة الزوجية، أما المشرع التونسي فاستحدث بموجب قانون 1998 نظام الاشتراك في خاصة الأملاك، وعليه ما مضمون هذين العقدين وما الفرق بينهما وكيف يتم حماية حقوق المرأة المالية من خلالهما؟

عقد الاتفاق على الأموال المكتسبة في القانون الأسري الجزائري نصت الفقرة الثانية المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل على إمكانية الإتفاق بين الزوجين سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، وكذا نصيب كل واحد منهما حيث نصت على أنه: "...غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجة وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، وما ينبغي الإشارة إليه هو أن هذا النوع من العقد الجديد لم يسبق أن أورده المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة قبل التعديل ولا في أي قانون آخر.[2]

1: المادة 37 فقرة 02 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

2: عمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص43.

وقد جعل المشرع هذا العقد متوقفا على رغبة واختيار الزوجين إذ أنه يخضع لإرادتهما المطلقة ولهما الحرية المطلقة في الاتفاق من عدمه، وكما سبق القول، فإن هذا العقد جاء حماية لحقوق المرأة المالية، حيث أصبحت تساهم بشكل كبير في تحسين أوضاع الأسرة الاقتصادية.[1]

وحسب الأستاذ عبد القادر بن داود فإن اتفاق الزوجين حول ما سيكون بشأن ملكية أموالها وإيراداتهما، والانتفاع بها وإدارتها وكذا تحمل الديون الخاصة بهما وتسوية حقوقهما وواجباتهما، يساهم في حماية أموال الزوجة من الغصب لأنه كثيرا ما تعدم البينة لديها بسبب المانع الأدبي وهو العلاقة الزوجية مما يؤدي إلى ضياع حقوقها.

هذا ويثني الأستاذ تشوار جيلالي على هذا النوع من العقود معتبرا أن مسألة الاتفاق على الأموال المشتركة هو أضخم تعديل لقانون الأسرة وأبرز حكما لحماية حق الزوجة، وحسب ما سبق، فإن أبرز خصائص عقد الاشتراك المالي للزوجين أنه عقد اتفاقي، اختياري وكذا رسمي، هذا مع الإشارة إلى أن هذا العقد يمكن أن يكون مستقلا بذاته كعقد رسمي لاحق أو أن يتفق الزوجان على الأموال المشتركة في عقد الزواج، الشروط الاتفاقية طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة الجزائري[2]، وليس حكم عقد لأنه لن يكون عقدا مستقلة، وقد وجهت لهذه المسألة انتقادا يكمن في أن تنظيم المشرع الجزائري لهذا العقد ضمن عقد الزواج هو خطأ لابد من تداركه، وأنه يجب أن يكون مستقلا في عقد رسمي لوحده؟

1: عمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، المرجع السابق، ص44.

2: المادة 19 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

إلا أننا لا نظن أن الإشكال يتوقف هنا، بل أن ما يجب تداركه في هذا العقد هو التفصيل في مضمونه وفيما يتم الاتفاق بشأنه، وهل أن هذا الاتفاق يدخل ضمنه.

هذا ويمكن أن تكون مالكة للنسبة الأكبر، ناهيك عن المنقولات ذات القيمة المالية الكبيرة كالسيارات، ولو أن هذا العقد يبدو في ظاهره أنه حماية للمرأة من جشع الزوج، إلا أنه حماية لكليهما لأنه يمكن أن تكون المرأة هي من يتصف بالطمع كأن يسافر الزوج للخارج للعمل من أجل تأمين مستقبله ومستقبل عائلته، ويكلف زوجته بتسيير الأموال، ويتكفل هو بالمصاريف من خلال المبالغ التي يرسلها وقد يفاجأ عند عودته بأن الأموال التي ظن أنها مشتركة قد أصبحت ملك الزوجة، ويمكن حتى باسمها وقد يعجز بدوره عن اثبات هذه المساهمة.[1]

وهذا يعتبر أول فرق جوهري بينه وبين عقد الاشتراك المالي الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 37من قانون الأسرة، فللزوجين التونسيين نظام الاشتراك كنظام مستقل بالإضافة إلى خيار الشرط الذي يمكن أن يتضمن شروط اتفاقية حول الأموال المشتركة.

وقد استوحى المشرع التونسي فكرة الاشتراك في الأملاك من القوانين المقارنة كالقانون الكندي الصيني، الألماني، وخاصة القانون الفرنسي الذي استمد منه مختلف الأحكام التي أوردها في هذا النظام ، وما يميز هذا النظام هو أنه نظام اختياري، فللزوجين الحرية الكاملة في اختيار نظام الاشتراك في الأملاك من عدمه وهو ما تضمنه الفصل 2 من قانون 1998، سواء عند ابرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق. [2]

1: العسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص92.

2: المرجع نفسه، ص93.

وحبذا لو أن المشرع الجزائري يأخذ بمثل هذا النظام من أجل حماية ممتلكات الزوجة العقارية، إذا أن عقد الاتفاق على الأموال المشتركة بين الزوجين لم يفصل فيه كفاية.[1]

1: العسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص95.

الخـــاتمـة

ومنه تعتبر قضية المساواة بين الجنسين في مسألة الزواج من القضايا التي تفرض نفسها على الساحة، أين نعتقد أنه لم يخل دين أو حضارة أو قانون من الحديث عن وضع المرأة مع الرجل حقوقا وواجبات، وأن مساحة الاختلاف قديما وحديثا تبدو شاسعة في عالم يتصاغر ويتقاصر بسبب سرعة الاتصالات وثورة المعلومات.

وإن أهم ما يسيل الحبر حتى الآن هو قضية مساواة المرأة بالرجل بين مؤيد ومعارض وبين متحجر ومتحلل، وتعني المساواة، في نصوص الشريعة الإسلامية أن البشر كلهم أسرة واحدة انبثقت من أصل واحد لا مكان بينهم لتفاصيل الخلقة وابتداء الحياة.

والجدير بالذكر أن كل المطالبات بالمساواة وعدم التمييز ضد المرأة إنما يشمل كل المجالات دون استثناء بما في ذلك التساوي بين الجنسين في انعقاد الزواج وأثاره.

ولقد توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

- تعتبر المساواة النواة الأساسية لتأكيد وجود نظام ديمقراطي لحماية حقوق الإنسان وحريات الأفراد في المجتمع
- المساواة تكون في الأساس مساواة الأفراد أمام القانون وفقا لإعلان حقوق الإنسان وفي المساواة بين حقوق الرجل والمرأة
- تعتبر قضية المساواة بين الرجل والمرأة هي قضية فضفاضة لا ملامح لها طرحت في الغرب ولكن ليس منذ قرنين من الزمان فقط
- الخطبة هي تمهيد للزواج وقد شرعت للتعارف والتوافق بين الطرفين، فإذا اتفقنا تم الزواج أما لم يتفقا فيحق لكليهما العدول عن هذه الخطبة.
- تعتبر مسألة الولاية في عقد الزواج من أكثر المسائل جدلا على الإطلاق
- ينجم عن قيام عقد الزواج الصحيح مجموعة من الآثار

- ومن هذه الآثار ما هو شخصي ذاتي في تلك الحقوق والواجبات المعنوية الملقاة على عاتق الزوجين، وما هو غير شخصي إنما سيشمل التي تخص مراكز المرأة مقارنة بالرجل من باب المساواة في هذه الآثار.

التوصيات:

- ضرورة تمسك المشرع الجزائري بما ورد في الشريعة الإسلامية وتطبيق أحكامها
- توعية المجتمع الجزائري بمسألة وقواعد الزواج

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1. أحمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها – دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

2. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.

3. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

4. حسن صلاح الصابر عبد الله، نفقة الأولاد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002.

5. حمود حمبلي، المساواة في تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر،2000.

6. سعدي محمد الخطيب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية، ط1، منشورات الحلبي لبنان، 2011 م.

7. سمير عبده، المرأة العربية بين التخلف والتحرر، ط1، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1980.

8. طاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجزء1، الطبعة 1، طا كسيج كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

9. عبد الحميد فودة، حقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 .

10. عبد العزيز محمد سرحان، الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، (د،ت،ن).

11. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، (د، ت، ن).

12. عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين، مطبعة السعادة، مصر.

13.العسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر، 2006.

14. عمر نصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، د.س.ن.

15. عمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومة، الجزائر 2001.

16. عمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2007.

17. محمد صبحي، محاضرات في المواريث والتركات والوصايا، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

18. موسى بودهان، المساواة بين الجنسين بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، شركة دار الأمة، الجزائر،2011.

ثانيا: المذكرات والأطروحات

1. بهلول سعيدة، الحقوق الزوجية تدبير وقائي من الطلاق بين تأكيد الشرع ومشكلات الواقع الجزائري، بحث فقهي مع دراسة ميدانية في ولاية بومرداس، مذكرة ماجيستير في العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010.

2. تباني الطاهر، الشريعة الإسلامية والقانون وحقوق الإنسان حرية العقيدة والمساواة، مبدأ سيادة الشعب، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير (غير منشورة) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسطينة، 2006.

3. سنية العش ملاك، واجب الاخلاص بين الزوجين، مذكرة شهادة ماجيستير، جامعة قرطاج، تونس، 2007.

ثالثا: المجلات والملتقيات

1. بن عومر محمد صالح، تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، الجزائر، 2009.

2. هجيرة دنوني، التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 21، تلسمان، 2012.

رابعا: القوانين والاتفاقيات الدولية

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

2. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

3. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020.

4. الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

5. قرار المحكمة العليا المشهور المؤرخ في 1992/03/17 ملف رقم 81129.

الفهرس

العنوان **الصفحة**

الواجهة.....

شكر وعرفان.....

إهداء.....

مقدمة.....أ

الفصل الأول: مبدأ التساوي بين الجنسين في الزواج

تمهيد.....6

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.....7

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لمبدأ المساواة.....7

الفرع الأول: التعريف اللغوي للمساواة.....7

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للمساواة بين الرجل والمرأة 9

المطلب الثاني: الأصول التاريخية لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.....16

الفرع الأول: المساواة بين الرجل والمرأة في الحضارات القديمة 16

الفرع الثاني: المساواة بين الرجل والمرأة في الديانات السماوية 20

المبحث الثاني: المساواة بين الجنسين في انعقاد الزواج والمرحلة السابقة له.....23

المطلب الأول: أحكام الخطبة.....23

الفرع الأول: مفهوم الخطبة.....24

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة 24

المطلب الثاني: المساواة بين المرأة والرجل في الزواج 26

الفرع الأول: تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في العدول عن الخطبة.....26

الفرع الثاني: المساواة بين الجنسين في سن الزواج.....31

الفصل الثاني: أثار التساوي بين الجنسين في الزواج

تمهيد.....34
المبحث الأول: المساواة بين الجنسين في الآثار الشخصية 35
المطلب الأول: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين 35
الفرع الأول واجب المعاشرة بالمعروف.....36
الفرع الثاني: تعاون الزوجين على مصلحة الأسرة.....41
المطلب الثاني: الحقوق والواجبات المعرقلة لتطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين 42
الفرع الأول: واجب الطاعة.....42
الفرع الثاني حق قوامة الزوج على الزوجة.....49
المبحث الثاني: المساواة بين الجنسين في أثار الزواج المالية 50
المطلب الأول: النفقة.....50
الفرع الأول واجب الزوج بالإنفاق في ضوء الشريعة الإسلامية.....51
الفرع الثاني: المساواة بين الجنسين في الإنفاق.....54
المطلب الثاني: مدى المساواة بين الزوجين في الذمة المالية 55
الفرع الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجة عن الزوج.....55
الفرع الثاني حماية حقوق المرأة من خلال العقد المالي بين الزوجين.....64
الخاتمة.....69
قائمة المصادر والمراجع.....
الفهرس.....
الملخص.....

الملخص

ملخص مذكرة الماستر

إن مسألة التساوي بين الجنسين في انعقاد الزواج هي مسألة معقدة وشائكة كانت الشريعة الإسلامية السباقة للحديث عنها، ثم بعد ذلك جاءت مختلف الحضارات القديمة والمواثيق الدولية محاولة تجسيدها كمبدأ عالمي، على غرار المشرع الجزائري الذي بدوره اجتهد في هذه المسألة وهو ما ظهر جليا في قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية:

1/ مبدأ التساوي 2/ المرأة 3/ الرجل 4/ الزواج

Abstract of The master thesis

The issue of gender equality in the conclusion of marriage is a complex and thorny issue that Islamic law was the first to talk about, and then various ancient civilizations and international charters came trying to embody it as a global principle, similar to the Algerian legislator, who in turn worked hard on this issue, which was evident in the family law The Algerian.

key words:

1/ The principle of equality 2/ the woman 3/ the man 4/ the marria